

EINWILLIGUNG DES PATIENTEN
ZU GEBURTSHILFLICHEN EINGRIFFEN
ZUR RETTUNG DES KINDES

Ulrich Lemberger

1967

AUS DER I. FRAUENKLINIK UND HEBAMMENSCHULE
DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN

Direktor: Prof. Dr. W. Bickenbach

EINWILLIGUNG DES PATIENTEN
ZU GEBURTSHILFLICHEN EINGRIFFEN
ZUR RETTUNG DES KINDES

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde in der gesamten Medizin
verfaßt und
einer Hohen Medizinischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Ulrich Lemberger
aus München

München 1967

Gedruckt mit Genehmigung der Medizinischen Fakultät
der Universität München

Berichterstatter:	Prof. Dr. G. MARTIUS
Mitberichterstatter:	Prof. Dr. W. BICKENBACH
Dekan:	Prof. Dr. M. KIESE

Tag der mündlichen Prüfung: 31.7.1967



INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG UND PROBLEMATIK	5
KASUISTIK	6
HISTORISCHES UND GESETZGEBUNG	7
ZUR FRAGE DES ZUSAMMENHANGES ZWISCHEN ÄRZTLICHEM EINGRIFF UND TATBESTAND DER KÖRPERVERLETZUNG	13
ZUM WESEN DER EINWILLIGUNG	14
FRAGE DER GÜLTIGKEIT DER EINWILLIGUNG VON MINDER- JÄHRIGEN	19
FRAGE DES UNVERMÖGENS EINE EINWILLIGUNG EINHOLEN ZU LASSEN	20
MÖGLICHKEITEN ZUR DURCHFÜHRUNG ÄRZTLICHER EINGRIFFE OHNE EINWILLIGUNG DES PATIENTEN	21
GEFAHR IM VERZUG	21
SUICID-PATIENTEN	22
ZWANGSBEHANDLUNG	23
ZUSAMMENFASSUNG	27
SCHRIFTTUM	29

EINLEITUNG UND PROBLEMATIK

In den letzten Jahren wurden zunehmend Fälle bekannt, in denen Ärzten ein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen wurde. Die eingeleiteten Zivil- und Strafverfahren konnten für die betroffene Ärzteschaft oft nicht befriedigend zu Ende geführt werden. Die Ärzte glaubten sich zwar vielfach im Recht, meinten, nach ihren Ansichten und ihrem Wissen recht gehandelt zu haben, die Juristen hingegen waren anderer Meinung. In den letzten Jahren rückten dann auch Medizin und Rechtsprechung oft nah aneinander. Wie in anderen Ländern, so wächst auch bei uns die Prozeßfreudigkeit von Patienten gegenüber ihren Ärzten.

Die Ursachen für diese Entwicklung verlangen besonderes Interesse:

1. In allen Bereichen unseres gesellschaftlichen und kulturellen Lebens weicht der Glaube an die Autorität der steigenden Kritikfähigkeit, Glaube und Vertrauen dem Mitmenschen gegenüber weicht der rein rationalen Beurteilung. Die durch die Presse geförderte medizinische Bildung weiter Kreise bringt es mit sich, daß der Kranke mehr von seinem Recht auf Selbstbestimmung bei medizinischen Entscheidungen Gebrauch machen will, als dies bisher der Fall war.
2. Die Fortschritte, die die Medizin in den letzten Jahrzehnten gemacht hat, haben die Lebenserwartung in einem früher kaum vorstellbaren Maße heraufgesetzt. Dies ging zu einem großen Teil mit einer Steigerung des Risikos in der Therapie einher. Bei evtl. Mißerfolgen bei Krankheiten, die früher mit absoluter Sicherheit letal endeten, wird trotzdem der Arzt dafür verantwortlich gemacht.
3. Die Spezialisierung und die teils notwendige Rationalisierung in der ärztlichen Versorgung der Kranken haben das Vertrauensverhältnis des Kranken zum Arzt stark beeinträchtigt.
4. Die Entwicklung des sozialen Gefüges zum vollendeten Wohlfahrtsstaat bringt es mit sich, daß die Selbstverantwortlichkeit der Einzelperson auf den Staat übertragen wird. Auf medizinischem Gebiet führt es dazu, daß das Recht auf ärztliche Versorgung im Bewußtsein des Einzelnen in ein Recht auf Gesundheit umgedeutet wird. In den Augen des Kranken wird die Krankheit zu einem sozialen Unrecht, für das ihm finanzielle Entschädigung zusteht. Die Krankheit ist für ihn nicht ein Schicksal, das er zu tragen hat. Für den Schaden muß, auch wenn er schicksalsmäßig eintritt, ein "Schädiger" gefunden werden.

Da nicht zu erwarten ist, daß diese Entwicklung zum Stillstand kommt oder gar rückgängig gemacht werden kann, erscheint es gerechtfertigt, sich mit juristischen Problemen, die die ärztliche Tätigkeit betreffen, näher auseinanderzusetzen.

KASUISTIK

Den eigentlichen Anlaß für diese Arbeit gab ein Vorkommnis, das sich im März 1960 an der I. Frauenklinik und Hebammenlehranstalt in München zugetragen hat.

Am 22.2.60 wurde die 36 jährige Frau K. W. (Krankenbl. Nr. 296/60) mit Wehen in die Klinik eingeliefert.

Zur Vorgeschichte: 1951 Spontangeburt, 1953 Spontangeburt von Zwillingen, 1958 febriler Abort.

Der errechnete voraussichtliche Geburtstermin -Mitte Februar- war zum Zeitpunkt der Aufnahme bereits um einige Tage überschritten.

Bei der Untersuchung wurde ein allgemeiner Schwangerschaftshydrops festgestellt. Der Blutdruck war mit 155/115 erhöht. Der Uterusfundus stand 2 Querfinger unter dem Rippenbogen. Der Kopf war über dem Beckeneingang noch beweglich.

Am 27.2.60 -5 Tage nach Klinikaufnahme- war der Untersuchungsbefund unverändert. Die Portio war noch erhalten, kreuzbeinwärts stehend. Der Muttermund war für Fingerkuppe durchgängig.

Am 29.2. Untersuchungsbefund unverändert, die Herztöne waren noch gut zu hören, Frequenzerhöhung in der Zwischenzeit auf 144 Schläge/min.

Nach dem errechneten Termin -Mitte Februar- bestand inzwischen eine Übertragung von 15 Tagen.

Wegen der Übertragung, des gleichzeitig bestehenden Schwangerschaftshydrops und des erhöhten Blutdruckes wurde der Patientin eindringlich geraten, einer medikamentösen Geburtseinleitung zuzustimmen. Diese lehnte die Patientin jedoch ab. Sie verweigerte die medikamentöse Durchführung der Geburtseinleitung aus privaten Gründen.

Am 1.3.60 -also 9 Tage nach Klinikeintritt- waren die kindlichen Herztöne

nicht mehr zu hören. Unter spontaner Wehentätigkeit kam es am gleichen Tage zur Geburt eines reifen 4250 g schweren, frishtoten Mädchens aus 1. HH-Lage. Das Frischgeborene wies deutliche Zeichen der Übertragung auf. Die Plazenta zeigte zahlreiche Kalkinfarkte.

Durch die rechtzeitige Geburtseinleitung wäre das Leben des Kindes mit großer Wahrscheinlichkeit zu retten gewesen. Die zwischen Zeugung und Geburt liegende Scheidung der Patientin von ihrem Ehegatten war möglicherweise der Grund dafür, daß die Patientin an einem lebend zur Welt kommenden Kind nicht interessiert war.

Wäre der Arzt berechtigt gewesen, gegen den Willen der Patientin, im Interesse des Kindes, einen geburtshilflichen Eingriff vorzunehmen?

Bevor zur Kasuistik Stellung genommen werden kann, ist es notwendig, das Problem der Einwilligung, ihr Wesen, ihre Gültigkeit und die Möglichkeiten zur Durchführung ärztlicher Eingriffe ohne Einwilligung des Patienten näher zu erörtern.

HISTORISCHES UND GESETZGEBUNG

Bis zur Herausgabe der ersten Gesetzbücher in Österreich (1803) und in Bayern (1813) galt in der deutschen Rechtsprechung eine vom römischen Recht her übernommene Ansicht, daß die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der Handlung prinzipiell ausschließe, soweit die Handlung als Eingriff in individuelles Recht angesehen werden konnte (z.B. bei der Körperverletzung). Erst zu Anfang des 19. Jahrhunderts gewann in Deutschland eine entschieden anders geartete Lehre die Zustimmung der Juristen, die in den Gesetzbüchern von 1803 und 1813 niedergelegt wurde. Von nun an unterschieden die Juristen zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten. Sie vertraten die Ansicht, daß die Einwilligung nur bei den veräußerlichen Rechten von Bedeutung sei. Bei den unveräußerlichen Rechten, zu welchen man vor allem die Rechte auf Leben und Körperintegrität rechnete, sei sie absolut wirkungslos. Letzteres bedeutete also, daß z.B. bei Verletzung oder Tötung eines Einwilligenden eine hohe Strafe, ja unter Umständen sogar die Todesstrafe gefordert werden mußte.

Bei der Seltenheit dieser Tatbestände dauerte es eine Weile, bis eine Änderung eintrat. Eine Zwischenlösung wurde getroffen, und man forderte eine mildere Bestrafung der an Einwilligenden verübten Verletzung oder Tötung. Nirgends findet man in dem im Jahre 1871 in Kraft getretenen Reichsstrafgesetzbuch einen Paragraphen über die Einwilligung des Verletzten. Im § 216, welcher strafbestimmend für die Tötung des Einwilligenden ist, heißt es lediglich: "Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter 3 Jahren zu erkennen". Man kam im wesentlichen zu der Auffassung, daß mit Ausnahme der Vergehen gegen Ehre, Vermögen und persönliche Freiheit die Einwilligung des Verletzten überall keine oder höchstens strafmindernde Bedeutung habe. In 4 Entscheidungen hat sich der höchste Gerichtshof zu dieser Lehre bekannt und damit die Einwilligung nicht als strausschließendes Moment betrachtet. Trotzdem ist die Lehre von vielen Juristen angefochten worden, und die alte Anschauung, daß die Einwilligung jede Rechtsverletzung ausschließe, wurde aufs Neue verteidigt. (Schaper zit. nach Holtzend Hbuch II, Geyer Ger. S XXVI und Ohlshausen (Komm. STGB § 223 An. 9). Auch das bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aus dem Jahre 1900 enthält keine besonderen Bestimmungen über den ärztlichen Eingriff im Zusammenhang mit der Einwilligung. Verstößt der Arzt gegen die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft, so droht ihm eine zivilrechtliche Verfolgung nach den Bestimmungen, die im BGB in den §§ 842-847 niedergelegt sind. Der § 842 behandelt die Verletzung einer Person. Die Verpflichtung der Schadenersatzleistung ist in § 843 niedergelegt. § 844 regelt die Ersatzansprüche Dritter. Durch das Zivilrecht kann der Arzt zur Zahlung hoher Entschädigungssummen verurteilt werden.

Die vielen Prozesse jedoch, die gegen Ärzte angestrengt wurden, weil sie angeblich zu diagnostischen oder therapeutischen Zwecken Eingriffe ohne Einwilligung des Patienten vornahmen, zeigen, daß in der Rechtsprechung noch große Unklarheit darüber herrscht, wann ein Arzt zu einem von ihm geplanten Eingriff berechtigt ist. Die Gefahr für den eingreifenden Arzt ist umso größer, da die vom Arzt begangene, nach der Rechtsprechung rechtswidrige Körperverletzung sich in den meisten Fällen nicht als eine leichte im Sinne des § 223 STGB darstellen wird, die nur auf Antrag verfolgt werden kann, sondern als eine gefährliche oder gar schwere Körperverletzung nach §§ 223a und 224 STGB, deren Verfolgung ohne Antrag von Amts wegen einzutreten hat.

§ 223: Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 223a: Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges oder mittels

eines hinterlistigen Überfalls oder von mehreren gemeinschaftlich oder mittels einer Lebens gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 2 Monaten ein.

§ 224: Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Jahr zu erkennen.

Gehen auch die Auffassungen darüber auseinander, ob ein ärztlicher Eingriff ohne weiteres als Körperverletzung im Sinne des Gesetzes gelten darf, so nimmt doch die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum folgendes als Fundamentalsatz an:

"Der ärztliche Eingriff ist eine Körperverletzung und zwar eine körperliche Mißhandlung oder Beschädigung der Gesundheit".

Strafausschließungsgründe:

Als Strafausschließungsgründe gelten im allgemeinen:

1. Das ärztliche Berufsrecht
2. Das eingebrachte Gewohnheitsrecht
3. Die Einwilligung des Patienten
4. Der Heilzweck (sittlicher Zweck)
5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag
6. Die Notwendigkeit

Ad 1: Ein ärztliches Berufsrecht zur Vornahme eines Eingriffes mit dem Merkmal der Ausschließlichkeit gibt es nicht, denn sonst müßte beinahe jedermann wegen Übertretung dieses Berufsrechts bestraft werden. Es würde dieses Berufsrecht auch gegen die deutschrechtliche Freigabe der Heilkunde verstoßen (Gew. O § 29). Als Konsequenz hierzu müßte von Staats wegen die Operationsduldungspflicht normiert werden, wonach ein jeglicher durch den Arzt zur Duldung des Eingriffes angehalten werden könnte. Kein Mensch kann gezwungen werden, sich einer Behandlung, die nur auf sein Wohlergehen zielt, zu unterziehen, und ebensowenig kann man jemanden zum Gesundwerden zwingen.

Ad 2: "Die Tatsache, daß ärztliche Eingriffe berechtigt sind, erklärt sich juristisch aus sich selbst, sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts" (Oppenheim).

Jahrhunderte lang operierten die Ärzte, ohne daß man sie deshalb bestrafte. Erst in neuerer Zeit ließ man sich an, dem Warum der Straflosigkeit näher auf den Grund zu gehen. "Der ärztliche Zweck ist das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechts zu ärztlichen Eingriffen" (Oppenheim). Dennoch muß man auch das Gewohnheitsrecht als strausschließendes Moment außer Acht lassen, denn die gute Absicht und der gute Zweck waren der Grund für die Straflosigkeit.

Ad 3: Die Einwilligung als strausschließendes Moment hat insofern Bedeutung, als ein ärztlicher Eingriff ohne sie als Körperverletzung geahndet wird, wenn nicht dieser Einwilligungswille durch stillschweigende Duldung oder ausdrückliche Gestattung dokumentiert wurde. Somit besteht eine Verfügungsfreiheit des Menschen über seinen Körper, und man kann jedermann das Recht zu einer Körperverletzung einräumen. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Stellung des deutschen Reichsgerichtes: "Es muß entschieden daran festgehalten werden, daß die Straflosigkeit einer mit Einwilligung vollzogenen Operation in der Tatsache der Einwilligung gelegen ist und jede ohne Einwilligung vollzogene eine Verletzung der körperlichen Integrität darstellt, welche die Anwendung der Bestimmungen über Körperverletzungen rechtfertigt (Urteil vom 31. Mai 1894 REST). Die Einwilligung des Verletzten stellt also tatsächlich einen Ausschließungsgrund dar. Er kann aber als eine Komponente des ärztlichen Eingriffsrechts von einschneidender Bedeutung sein (Kahl). Jedoch darf die Einwilligung laut Meinung der Juristen nicht als einziges Kriterium für die Straflosigkeit oder Strafbarkeit betrachtet werden. Die Einwilligung hat nur in sofern Bedeutung, als sie das Begriffsmerkmal der Rechtswidrigkeit ausschließt. Damit stellt das Einwilligungsrecht des Patienten eine bedeutende Einschränkung für den Arzt dar, seine Tätigkeit frei ausüben zu dürfen.

Der Fall, der den Ausschlag für die Arbeit gab, ist wohl ein krasses Beispiel dafür:

Die uneheliche oder geschiedene Schwangere verweigert die Anlegung einer Zange und jeder beckenerweiternden Operation oder eben sogar die Geburtseinleitung, obwohl ihr gesagt wird, daß das Leben des Foetus sonst aufs höchste gefährdet sei. Der Arzt muß dem Absterben des intrauterinen Lebens untätig zusehen.

Ad 4: Wäre jedoch der sittliche oder der Heilzweck das ausschlagende Moment, so müßte im soeben genannten Falle der Arzt straffrei bleiben, wenn er zwangsweise unter Versetzung in Narkose die Schwangere wider ihren Willen entbunden hätte, um dem sittlichen Zweck der Erhaltung einer menschlichen

Frucht zu genügen. Unter Beiseitelassung der Einwilligungstheorie wäre er straffrei. Straffrei wäre auch der Operateur, der bei einem durch Notzucht geschwängerten Mädchen die Frucht abtreiben oder es bei einer an schwerer vererbbarer Krankheit leidenden Frau tun würde. Zahlreiche Juristen akzeptieren jedoch diese Ansicht nicht und verlangen trotzdem die Einwilligung des Verletzten (v. Lilienthal u. a.). Aus dem Grundsatz, daß es die sittliche Pflicht des Menschen ist, Leben und Gesundheit sich und seinen Mitmenschen zu erhalten, läßt sich auch folgender Gedanke ableiten:

Um das Leben und das Dasein der Persönlichkeit selbst zu erhalten, ist der kunstgemäße Eingriff in die Integrität des Körpers durch den Arzt notwendig. Darum wird durch die in diesem Fall sittlich gerechtfertigte Einwilligung selbst die gefährlichste Operation straflos. Somit ist der sittliche Zweck, der sittlich gewollte Erfolg straffausschließendes Moment. Stellt sich jedoch dem sittlichen Wollen ein anderes Wollen des Patienten gegenüber, und ist dieser "sittliche Zweck stärker als das Wollen" des Patienten, dann begründet der sittliche Wille des Arztes ein Recht, jeden Patienten zur Duldung der vom Arzt gewünschten und als notwendig erachteten Eingriffe zu zwingen. Der Mensch hätte nur noch soweit die Verfügungsgewalt über seinen Körper, als es der Arzt nicht durch seinen Heilwillen verminderte. Der sittliche Grund bzw. Zweck ist entscheidend und mitbegründend für das ärztliche Operationsrecht.

Ad 5: Für den Fall der mangelnden Einwilligung stellen die Juristen den Satz auf, daß der Arzt im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu behandeln befugt sei. Hierfür ist der § 677 des BGB maßgebend:

"Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen und mutmaßlichen Willen es erfordert", und

"Wer zum Vorteil und nach der mutmaßlichen Absicht eines anderen in dessen Rechtssphäre eingreift, hat nach Art. 677 (Geschäftsführung ohne Auftrag) Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, seines Schadens und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten".

Das heißt mit anderen Worten: Wenn aus besonderen Gründen die Abgabe oder das Einholen einer Einwilligungserklärung nicht möglich ist (z. B. bei bewußtlosen Kranken), darf der Arzt unter dem Schutz des § 677 BGB tätig werden. Voraussetzung ist allerdings, daß der Arzt annehmen kann, daß der Patient seine Einwilligung nicht versagen würde, wenn die Möglichkeit bestände, ihn nach angemessener Aufklärung zu befragen. Es handelt sich hier um Fälle, in denen das Arzt-Patient Verhältnis rechtlich gesehen einem vertragslosen Zu-

stand entspricht. Wenn aber dem Arzt aus früheren Unterhaltungen mit dem Patienten bekannt ist, daß sich dieser unter keinen Umständen, mögen es auch lebensbedrohliche Situationen sein, mit einem ärztlichen Eingriff einverstanden erklären würde, so hat der Arzt nicht das Recht, obwohl Gefahr im Verzuge vorliegt, sich über das in Art. 2 Abs. 2 GG niedergelegte Selbstbestimmungsrecht des Menschen hinwegzusetzen. Tut er es dennoch, so kann er wegen Körperverletzung und Nötigung bestraft werden (Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 GG Rdnr. 37a und BGH Bd. 11 S. 111). In dieser Entscheidung, dem sogenannten "Myom-Urteil" hat der Bundesgerichtshof ausgeführt: "Ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gefühle haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte".

Ad 6: DIETRICH leitet die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes aus der Notwendigkeit ab und ähnlich WEIN aus den überwiegenden Interessen. Zwar findet auch er den Tatbestand der Körperverletzung gegeben, doch vertritt er entgegen dem Reichsgericht folgenden Standpunkt: Der Heileingriff, der im Falle einer wahren Kollision zwischen Körperintegrität und Wohlfahrt des Patienten zur Wahrung des letzteren als überwiegend anerkannten Interesses nach den Anschauungen der medizinischen Wissenschaft erforderlich erscheint ist

- a. rechtmäßig, ohne Rücksicht darauf, ob der Patient ausdrücklich zustimmt oder seinen Willen gar nicht äußert
- b. rechtswidrig und strafbar aber nur unter dem Gesichtspunkt der Nötigung, wenn er gegen den Willen des Patienten vorgenommen wurde.

Alle Theorien suchen nach einem Strafausschließungsgrund, der doch erst dann aufzutreten hat, wenn der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt ist.

ZUR FRAGE DES ZUSAMMENHANGES ZWISCHEN ÄRZTLICHEN EINGRIFF UND DER KÖRPERVERLETZUNG

Wie bereits erwähnt, steht die Rechtsprechung von jeher auf dem Standpunkt, daß ein Eingriff, auch wenn er zu Heilzwecken und kunstgerecht ausgeführt wurde, objektiv dem Tatbestand einer rechtswidrigen Körperverletzung darstellt. Die Rechtswidrigkeit, so stellt die Rechtsprechung fest, wird nur durch die Einwilligung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters beseitigt. Diese Rechtsprechung begegnete von jeher starkem Widerspruch. Man wollte sich nicht damit zufrieden geben, daß prinzipiell jeder ärztliche Eingriff, auch wenn er zu Heilzwecken und kunstgerecht ausgeführt wurde, als rechtswidrige Körperverletzung und Mißhandlung gelten sollte. Man behauptete, daß derartige Eingriffe schon begrifflich keine Körperverletzung seien. Auch wurde die Meinung vertreten, daß ein Arzt, der lediglich, um zu helfen, kunstgerecht eingreift, nicht den Vorsatz hat, jemanden zu mißhandeln oder zu verletzen. Da der § 223 lautet: "Wer vorsätzlich und in rechtswidriger Weise, jedoch ohne Absicht zu töten, den Körper . . ." war die Vorsätzlichkeit ein Begriffsmerkmal, welches zu einer Bestrafung unbedingt Voraussetzung sein mußte. Die Beschädigung der Unversehrtheit des Körpers oder der Gesundheit und die Rechtswidrigkeit waren die weiteren Begriffsmerkmale einer Trias, die erfüllt sein mußte, -und zwar in allen 3 Punkten- um einen Tatbestand als Körperverletzung gelten lassen zu können. Zahlreiche Juristen behaupteten: Eine Körperverletzung liegt nicht vor, wenn auch nur ein Begriffsmerkmal dieser Trias nicht gegeben ist (Liszt u. a.). Andere wollten das Recht des Arztes zu Eingriffen aus der staatlichen Anerkennung des angestrebten Zweckes und der Begrenzung der Eingriffsmöglichkeit durch die Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft ableiten. Wieder andere vertraten die Meinung, daß eine Handlung, die der Erhaltung eines Rechtsgutes dienen soll, nicht zugleich als Verletzung dieses Rechtsgutes angesehen werden kann.

Wie schon mehrfach erwähnt, gilt heute wieder der unter dem Nationalsozialismus verschiedentlich angezweifelte Grundsatz, daß der Arzt nur mit der Einwilligung des Patienten operieren darf und daß ihm Eingriffe gegen den Willen des Kranken nicht gestattet sind. Dabei bleiben zwei verschiedene Formulierungen dieses Tatbestandes bestehen, zwischen denen allerdings keine sachlichen Differenzen bestehen. Die einen nämlich erachten es für genügend, daß die Operation mit der wirklichen "Willensrichtung" des Patienten übereinstimmt, die anderen jedoch verlangen eine ausgesprochene "Erklärung" der Einwilligung. Damit sind auch die vorherrschenden Theorien genannt.

1. Die Willensrichtungstheorie

2. Die Willenserklärungstheorie (Nagler, Metzger, Schäfer).

Die sog. Willensrichtungstheorie beinhaltet als Leitformel, daß kein Eingriff gegen den Willen des Patienten durchgeführt werden darf; die Willenserklärungstheorie jedoch besagt, daß der Eingriff nur mit der Einwilligung des Patienten durchgeführt werden darf. Der Unterschied dieser beiden Theorien ist nicht sehr groß, besonders wenn man bedenkt, daß auch eine Einwilligungserklärung nicht unbedingt schriftlich gegeben werden muß. Die Einwilligungserklärung kann auch stillschweigend abgegeben werden. Ein Beispiel dafür wäre: Der Patient kommt zum Arzt mit einer klaffenden Wunde z.B. am Bein. Der Arzt sieht die Verletzung und sagt, daß er die Wunde sofort nähen müsse und beginnt sofort mit den Vorbereitungen. Der Patient bleibt ohne Kommentar. Er hat damit seine Einwilligung konkludent gegeben.

Wo jede Einwilligungserklärung fehlt, kann die Willensrichtungstheorie immer noch aus irgendwelchen Gründen und Zeichen beweisen wollen, daß der Patient mit der Operation einverstanden war. Solche Zeichen wären z.B. die früher gelegentlich geäußerte Meinung des Patienten. Maßgebliche Juristen (ENGISCH) vertreten die Willenserklärungstheorie jedoch mit größtem Nachdruck. Sie tun es vor allem aber deshalb, weil in der Einwilligung des Patienten eine Mitübernahme der Verantwortung für die Operation besteht, und sie nicht nur aufzeigt, daß die Körperinteressen des Patienten mit den Absichten des Arztes übereinstimmen.

Im einzelnen ergeben sich mit der Einwilligung noch viele Fragen:

a. Muß der Arzt um das Vorhandensein der Einwilligung wissen, oder genügt es, daß diese objektiv vorliegt?

Diese Frage ist verständlicherweise sehr umstritten. Ihre Beantwortung ist davon abhängig, welcher der beiden Theorien (Willensrichtungs- oder Willenserklärungstheorie) der Vorzug gegeben wird. Doch auch der Anhänger der Willens-

erklärungstheorie kann sich dafür entscheiden, daß ein objektives Vorliegen der Einwilligung ausreichend ist (Engisch, METZGER). Es kann aber ein strafbarer "Versuch" darin liegen, daß ein Arzt operiert in der Meinung, es liege keine Einwilligung vor (SCHAEFER, NAGLER).

b. Was ist der Gegenstand der Einwilligung? Ist es die Operation selbst oder das Resultat der Operation?

Gegenstand der Einwilligung ist die Operation oder der Eingriff, mit dem schon vorher überdachten und gesehenen Gefahren und Komplikationen. Der Patient kann sich beim Mißlingen einer indizierten und kunstgerecht ausgeführten Operation nicht später darauf berufen, daß er seine Einwilligung nur unter der Bedingung des guten Ausganges des Eingriffes gegeben hätte. Einmal ist die nachträgliche Haltung des Patienten nicht ausschlaggebend, und zum zweiten schließt der Patient laut BGB mit dem Arzt einen Dienstvertrag und keinen Werkvertrag. Der grundsätzliche Unterschied zwischen einem Dienst- und einem Werkvertrag besteht darin, daß bei einem Werkvertrag die Behandlung des Patienten Erfolg haben muß, um honoriert zu werden. Beim Dienstvertrag hingegen ist ein Erfolg der Behandlung nicht unbedingt vonnöten.

c. Wird die Einwilligung einem bestimmten Arzt gegeben?

Im Normalfall wird der Patient die Einwilligung zu einem Eingriff nur "seinem" Arzt erteilen, so daß nur dieser die Befugnis zum Eingriff hat. Speziell in Kliniken und Krankenhäusern ist die Einwilligung jedoch eine allgemeine (BAR, KÖNIG-KÖSTLIN). Von dem Falle, daß die Einwilligung nur einem bestimmten Arzt erteilt worden ist, ist der Fall zu trennen, bei dem die Einwilligung zur Operation allgemein erklärt worden ist in der falschen Meinung, daß ein bestimmter Operateur die Operation vornehmen werde. Hier darf sich der tatsächlich operierende Arzt an die allgemein erklärte Einwilligung halten.

d. Inwieweit muß die Einwilligung von der klaren Einsicht des Patienten in die Situation abhängig sein?

Einmal kann sich der Patient über die Gefahren des Eingriffes nicht im klaren sein, oder er kann absichtlich getäuscht werden. Auch in Bezug auf die Person des Operateurs, auf entstehende Kosten und Dauer des Eingriffes kann er sich im unklaren sein. In der juristischen Literatur findet man oft den Richtspruch: "Bei Irrtum über "wesentliche" Punkte gilt die Einwilligung nicht". Zu den wesentlichen Punkten gehören jedoch nicht die Vorstellungen über Schmerzen, Dauer und Kosten des Krankenhausaufenthaltes u. ä. Als wesentlich wird der Irrtum über das Können des Operateurs und besonders über die möglichen Komplikationen und Gefahren des Eingriffes angesehen.

Ein wichtiger Punkt, der für eine juristisch nicht anzweifelbare Einwilligungserklärung notwendig ist, ist die Aufklärung des Patienten über seinen Krankheitszustand und die Gefahren des Eingreifens bzw. des Unbehandellassens. Dazu schreibt SCHMIDT (zit.): Eine den Arzt entlastende Einwilligung des Patienten liegt nur vor, wenn der Patient aus klarer Einsicht in die Lage der Operation zustimmt. Die Einsicht aber kann nur der Arzt selbst dem Patienten verschaffen, d.h. dem Arzt obliegt die Aufklärungspflicht über den Befund und auch die Art der Operation. Die Aufklärung über den Befund wird dem Patienten oft den Entschluß zur Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff erleichtern. Weiß der Patient, wie es um ihn bestellt ist, so wird er eher geneigt sein, in eine notwendige Operation einzuwilligen. Das Reichsgericht hat bereits den noch heute geltenden Grundsatz aufgestellt, daß "auch bei schweren Erkrankungen der Kranke das Interesse und den Anspruch hat, von dem Heilbehandelnden, dem er sich anvertraut, wahrheitsgemäß über die Natur seines Leidens unterrichtet zu werden. Nur dann kann er sachgemäß darüber entscheiden, ob er sich überhaupt einer Heilbehandlung und welcher er sich unterziehen will. Eine "ausnahmsweise" Befreiung von der Aufklärungspflicht aber nimmt auch das RG an, wenn "aus besonderen Gründen des Einzelfalles eine Beeinträchtigung der Heilung zu befürchten ist" (Seelisch-geistige Gesundheit).

Wie die auf Irrtum beruhende, so ist auch die erzwungene, d.h. durch Anwendung von Gewalt oder unpassende Drohungen erzielte Einwilligung bedeutungslos, ja häufig schon begrifflich keine echte Einwilligung. Verkehrsüblich und zulässig aber ist z.B. die Drohung des Arztes, er könne die Behandlung nicht fortsetzen, wenn der Patient seine Zustimmung zu bestimmten, für erforderlich erachteten Operationen versagt. Auch hierzu findet man einen Entscheid des Reichsgerichts. "Der Hinweis des Arztes, daß bei Weigerung, eine zumutbare operative Maßnahme zu dulden, die Krankenkasse ihre Leistungen einstellen wird, ist keine rechtswidrige Drohung. Eine Einwilligung braucht deshalb nicht aufzuhören, eine solche zu sein, weil sie zögernd, nach anfänglichem Widerstreben gegeben wird. Die Einwilligung bedeutet im allgemeinen - namentlich bei lebensrettenden und die Gesundheit erhaltenden Operationen - nicht mehr als die Erklärung des Willens, die Operation zu dulden. Nach Lage des Einzelfalles kann aber eine gleichsam gesteigerte, intensivere Willenserklärung erheblich sein,

e. Gibt es Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung?

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten ist die Willensfähigkeit, die nicht zusammenfällt mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit oder der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit. Deshalb darf die Wirksamkeit auch nicht von vornherein verneint werden, weil ein gesetzlicher Vertreter oder ein Fürsorgeberechtigter vorhanden ist. Die Willensfähigkeit bedeu-

tet hier die Reife und die Fähigkeit des Patienten die Tragweite des ärztlichen Eingriffes für Körper, Beruf und Lebensglück zu ermessen. Hierbei hat der Arzt die Frage der Fähigkeit und der Reife zu prüfen und zu beurteilen. Fehlt dem Patienten die erforderliche "Willensfähigkeit", so ist ihm also die Einwilligung rechtlich nicht möglich. Damit entfällt aber noch nicht das Erfordernis der Einwilligung überhaupt. Vielmehr geht das Entscheidungsrecht grundsätzlich über auf denjenigen, der das "Recht zur Sorge für die Person" des Willensunfähigen hat. (Näher begründet in Z. 58 (SCHMIDT)).

Wem das Sorgerecht zusteht, ist zwar im BGB geregelt, doch hat die familienrechtliche Regelung keineswegs nur "zivilistische" sondern allgemeinrechtliche, insbesondere auch strafrechtliche Bedeutung. Das Sorgerecht ist hauptsächlich verbunden mit der "gesetzlichen Vertretung", fällt aber nicht immer mit dieser zusammen, z.B. nicht beim unehelichen Kinde, bei dem die Mutter die Personensorge, der Vormund die gesetzliche Vertretung hat. Der § 1707 des BGB sagt hierzu:

"Der Mutter steht nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu. Sie hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der Vormund des Kindes hat, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes".

Dies hat jedoch im Hinblick auf die zu Beginn angeführte Kasuistik keine Bedeutung, da Personensorgerecht und gesetzliche Vertretung durch den Vormund erst nach der vollendeten Geburt des Kindes in Kraft treten können.

Angesichts dieses möglichen Auseinanderfallens von Personensorge und gesetzlicher Vertretung, braucht der Arzt jedoch keine Bedenken zu haben, daß er mit dem Sorgeberechtigten und dem gesetzlichen Vertreter vereinbaren muß, ob er die Befugnis erhält, Eingriffe vorzunehmen. In der Regel wird der ärztliche Vertrag von dem Sorgeberechtigten, natürlich im Interesse des Betreuten, geschlossen (RG Ziv. 85). Somit hat in diesem Moment der Arzt mit dem gesetzlichen Vertreter nichts zu tun. Im Zweifelsfall ist es jedoch sicher besser, wenn der Arzt sich beim Vormundschaftsgericht erkundigt, wem das Personensorgerecht zusteht. Bei entschuldigbarem Irrtum über die Person des Sorgeberechtigten braucht der Arzt Schaden nicht zu fürchten.

Allerdings ist auch einmal beim Sorgeberechtigten ein Mißbrauch des Entscheidungsrechts möglich. Ein Sorgeberechtigter verfügt praktisch über fremde Interessen. Eine Wahrung des Selbstbestimmungsrechts ist deshalb nicht mehr gegeben. Einmal kann der Sorgeberechtigte dabei seine Interessen durchsetzen wollen. Das andere Mal kann er aber auch die Interessen seines Schützlings vernachlässigen. Die Gefahr jedoch, daß der Sorgeberechtigte eine Einwilli-

gung erteilt, die er besser nicht erteilt hätte, ist eher gering, denn der Arzt trägt auch die Verantwortung für die Indikation und kunstgerechte Ausführung der Operation. Der Arzt darf nach § 226a STGB nicht "gegen die guten Sitten handeln".

Ebenso kann es zu einem Mißbrauch des Sorgerechts kommen, zu einer Verweigerung der Einwilligung zur Operation, wo diese nach Ansicht des Arztes unbedingt ratsam erscheint. So war es z. B. auch in dem viel besprochenen Fall, der zu der Entscheidung RG ST 25, 375 führte. Hier wurde der Arzt wegen Körperverletzung bestraft, weil er bei einem an Knochentuberkulose leidenden Mädchen eine Resektion der Fußknochen vornahm, obwohl der Vater seine Einwilligung zur Operation versagt hatte. Nach dem BGB soll das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen treffen. Ist die Gefahr für das Wohl des Patienten so groß, daß sofortiges Handeln als unbedingt notwendig erscheint und bleibt keine Zeit, sich evtl. mit dem Vormundschaftsbericht in Verbindung zu setzen, so wird der Arzt den Eingriff in Eigenverantwortung vornehmen dürfen ("Gefahr im Verzug"). Eine neuere Entscheidung verpflichtet den Arzt sogar, seine Überzeugung gegen den Willen des Sorgeberechtigten durchzusetzen, also die Heilbehandlung auch ohne dessen Einwilligung vorzunehmen. Wichtig ist hier die Klärung der Frage, ob die Patientin, die einen Eingriff zur Rettung kindlichen Lebens verweigert, ihr Sorgerecht mißbraucht.

Das Personensorgerecht liegt immer bei den Eltern bzw. bei der "gesetzlichen Vertretung". Personensorgerecht und gesetzliche Vertretung sind durch das BGB festgelegt. Daraus folgt, daß das Sorgerecht für die Leibesfrucht noch nicht Anwendung finden kann, denn erst nach der vollendeten Geburt untersteht kindliches Leben der Rechtsbarkeit durch das BGB; erst nach der Geburt beginnt die zivile Rechtsfähigkeit.

ZUR FRAGE DER GÜLTIGKEIT DER EINWILLIGUNG VON MINDERJÄHRIGEN

Grundsatzzerklärung:

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 29.7.59 wird das ehe-
liche Kind von beiden Eltern gemeinsam vertreten und zwar solange bis der
Gesetzgeber eine andere mit Art. 3 Abs. 2 GG zu vereinbarende Regelung ge-
troffen hat. Zur Vornahme eines Eingriffes ist also grundsätzlich die Zustim-
mung beider Eltern erforderlich. Wenn nur ein Elternteil einverstanden ist,
und der andere sich weigert, so muß das Vormundschaftsgericht angerufen
werden. Bei Gefahr im Verzug soll der Arzt so entscheiden, wie es seiner
Meinung nach auch das Vormundschaftsgericht getan hätte. Der an der Aus-
übung der elterlichen Gewalt verhinderte z.B. abwesende Vater wird zunächst
durch die Mutter vertreten (§ 1685 BGB), die aber nach § 1634 BGB sowieso
schon ein Sorgerecht hat. Mütterliches und väterliches Recht sind also gemäß
dem Gleichberechtigungsgrundsatz gleich. Laut § 1685 muß also die Mutter
-bei Abwesenheit des Vaters- allein die Einwilligung geben. Ist auch die Mut-
ter verhindert, so ist nurmehr das Vormundschaftsgericht in der Lage, die
mutmaßlich für das Kind beste Entscheidung zu treffen (§ 1846/1897).
Der oben angeführte Grundsatz gilt also für Geschäftsunfähige und beschränkt
Geschäftsfähige. Zu unterscheiden ist aber zwischen der Zustimmung zur
Heilbehandlung und der Einwilligung in einen körperlichen Eingriff. Wie
schon früher erwähnt, hat der Bundesgerichtshof in einem Strafurteil festge-
legt, daß, wenn keine unmittelbare Gefahr für das Leben und die Gesundheit
bestehen, die Einwilligung z.B. zu einem Eingriff, der mit der Eröffnung
der Bauchhöhle verbunden ist, nur dann wirksam sei, wenn der Einwilligen-
de in der Lage war, das Für und Wider genau abzuwägen und zu beurteilen,
was eben die Aufklärung voraussetzt.

In diesen Fällen ist also zu fordern, daß der Arzt sich mit den Erziehungsbe-
rechtigten persönlich in Verbindung setzt.

ZUR FRAGE DES UNVERMÖGENS, EINE EINWILLIGUNG EINHOLEN ZU KÖNNEN

Die Vertretung auf Grund einer Willenserklärung, d.h. einer Ermächtigung des Patienten oder Sorgeberechtigten, ist von der Vertretung des Patienten oder Sorgeberechtigten auf Grund gesetzlicher Vorschrift zu unterscheiden. Wiederum finden hier nicht die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften Anwendung. Auch ist im allgemeinen die Stellvertretung bei der Einwilligung umstritten. M.E. gibt es jedoch auch Fälle von rechtlicher und zulässiger Stellvertretung. Wird z.B. ein Kind zu guten Freunden oder gar Verwandten in die Ferien geschickt und ihrer Obhut übergeben, so dürfte darin zugleich die Ermächtigung liegen, im Notfalle an Stelle des nicht rechtzeitig erreichbaren Sorgeberechtigten über die Vornahme ärztlicher Eingriffe zu bestimmen. Der Arzt darf also auch hier nicht eigenmächtig handeln. Er wird sich an den Vertreter des Sorgeberechtigten wenden müssen.

Noch häufiger wird der Arzt mit Fällen in Berührung kommen, bei denen beispielsweise ein Bewußtloser sofort operiert werden muß oder sich im Verlauf einer Operation ergibt, daß der Arzt unvorhergesehen seine Operation ausdehnen muß.

Im ersten Fall ist zwischen dem Arzt und dem Patienten bis zur Durchführung des Eingriffes noch kein Vertrag zustande gekommen. Deshalb gehört dieser Fall zur "Geschäftsführung ohne Auftrag". Das bedeutet, daß der Eingriff im Interesse und mit dem mutmaßlichen Einverständnis des Erziehungsberechtigten (bei Minderjährigen) erfolgen muß (§§ 677 u. 683 BGB). Ist diese Voraussetzung erfüllt, so ist der ärztliche Eingriff rechtmäßig. Durch den Eingriff wahrt der Arzt die Interessen des Patienten. Eine Aufklärung vor dem Eingriff ist ja nicht möglich, ebensowenig wie die Einwilligung eingeholt werden kann. Auch für den Fall der Ausdehnung einer schon begonnenen Operation oder einer Richtungsänderung gilt der Grundsatz der Geschäftsführung ohne Auftrag. Hat freilich ein Patient vorher jede Erweiterung der Operation und Zusatzmaßnahmen strikt untersagt, so muß der Arzt selbstverständlich den Wunsch des Patienten respektieren. Im übrigen gilt auch hier, daß der Eingriff allein zum Wohle des Patienten vorgenommen wird.

Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart besagt:

"Während einer in Vollnarkose durchgeführten unfallbedingten Bauchoperation wird ein Meckelsches Divertikel als "Nebenbefund" entdeckt. Hierhandelt es sich wegen der jederzeit eintretenden Möglichkeit einer entzündlichen Veränderung "um einen nicht zu unterschätzenden Gefahrenherd". Die Entfernung des noch nicht erkrankten Divertikels ist auch "in der Regel völlig ungefährlich". Sie entspricht daher dem mutmaßlichen Willen des Patienten. Die Beseitigung

des Nebenbefundes war daher trotz der insoweit fehlenden Einwilligung "keine rechtswidrige Handlung", sondern ein rechtmäßiger Eingriff.

MÖGLICHKEITEN ZUR DURCHFÜHRUNG ÄRZTLICHER EINGRIFFE OHNE EINWILLIGUNG DES PATIENTEN

A. GEFAHR IM VERZUG

Zwei Tatbestände, die den Arzt von der Einwilligung des Patienten entheben, sind in dieser Arbeit schon aufgezeigt worden.

Der Patient ist nicht in der Lage, eine Einwilligung abzugeben, wobei entweder die tatsächlichen Gründe oder rechtliche Gründe ihn daran hindern können. Unter den tatsächlichen Gründen wären all diejenigen Zustände des Patienten zu nennen, in denen der Patient entweder stark benommen oder gar bewußtlos in die Klinik eingeliefert wird.

In der Frauenheilkunde wird es vorwiegend die Nephropathie mit eklamptischen Anfällen oder auch geplatzte Tubargraviditäten sein. In der inneren Medizin werden die einzelnen komatösen Zustandsbilder bei Diabetes, Urämie und Basedowscher Krankheit, unter deren Folgen es den Patienten nicht mehr möglich sein wird, noch Einwilligungserklärungen abzugeben, erwähnt werden müssen. Zu denken ist auch noch an die durch Unfall bedingten Gehirnerschütterungen, an Intoxikationen und an organische Hirnleiden. Auch die unter starkem Alkohol stehenden, sich im Rausch befindenden Patienten gehören zu dieser ersten Gruppe.

Rechtliche Gründe, die einer Einwilligungserklärung entgegenstehen, sind einmal bestehende Geisteskrankheiten oder Geistesschwäche (senile Demenz u. a.). Zum anderen gehört die Gruppe der Minderjährigen unter diesen Punkt, wenn sie noch nicht in der Lage sind, eine wirksame Einwilligung zu erteilen. (Nach neuerem Entscheid des BGH sind Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, nur beschränkt geschäftsfähig. Derjenige, dem das Personensorgerecht zusteht, hat die Einwilligung zu erteilen.)

In all diesen Fällen ist das ärztliche Eingreifen erlaubt und gerechtfertigt, wenn Gefahr im Verzug ist, und der Arzt glaubt, daß der Patient die Einwilligung zum Eingreifen erteilt hätte. Die mutmaßliche Einwilligung hat also strausschließendes Moment. Unter "Gefahr im Verzug" bezeichnet man, daß der Eingriff sofort erfolgen muß, um den Patienten vor dem Tod oder einer schweren gesundheitlichen Schädigung zu bewahren. Solange jedoch der Zustand des Patienten ein sofortiges Handeln nicht erfordert, muß der Arzt eine sogenannte Ersatzeinwilligung einholen. Mutmaßliche Einwilligung besagt, daß die Einwilligung des sonst ja einwilligungsfähigen Patienten vermutet wird. Wenn aber dem Arzt aus früheren Unterhaltungen mit dem Patienten bekannt ist, daß dieser auf keinen Fall einen operativen Eingriff wünscht und von der Notwendigkeit einer Operation nicht zu überzeugen war, so her er jeden operativen Eingriff zu unterlassen. Nimmt er ihn dennoch vor, so verstößt er gegen den Art. 2 Abs. 2 GG, den Artikel in dem das Selbstbestimmungsrecht des Menschen niedergelegt ist. Eine Anklage oder Bestrafung wegen Körperverletzung könnte die Folge sein. In dem sogenannten Myom-Urteil brachte der Bundesgerichtshof den eben dargelegten Tatbestand klar zum Ausdruck. "Ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte (BGH Bd. 11 S. 111).

B. SUICID-PATIENTEN

In einem Beschluß vom 10. 3. 54 (BGHST 6, 147) führt der Bundesgerichtshof folgendes aus: "Das Sittengesetz mißbilligt -von äußersten Ausnahmefällen abgesehen- jeden Selbstmord, da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich selbst den Tod geben darf". Des weiteren betrachtet der Bundesgerichtshof im gleichen Entscheid jeden Selbstmordversuch als einen Unglücksfall und er folgert weiter, daß jedermann, also auch der Arzt nach § 330c StGB verpflichtet ist, das Leben des Selbstmörders auch gegen dessen Willen zu retten. Ob jedoch in jedem Selbstmordversuch ein Unglücksfall im Sinne des § 330c StGB gesehen werden darf, ist eine umstrittene Frage, die nicht geklärt ist. Folgt man der Auffassung des Bundesgerichtshofes, nämlich daß das Sittengesetz den Selbstmord mißbilligt, so wird man auch in bestimmten Krankheitsfällen, in denen die Einwilligung zum Eingriff verweigert wird, eine Verletzung des Sittengesetzes sehen können. Somit wäre die Verweigerung wirkungslos, und der Arzt zu einem Eingriff ermächtigt. HAGEDORN erwähnt in diesem Zu-

sammenhang den Fall einer Frau, die als Mutter von mehreren Kindern im Rahmen einer bereits gebilligten Behandlung einen unbedingt notwendigen weiteren operativen Eingriff ohne ersichtlichen Grund ablehnt. Er führt weiter aus, daß wegen der rechtlichen und moralischen Verpflichtung als Mutter gegenüber ihren Kindern einerseits und der Ungefährlichkeit und Notwendigkeit des weiteren Eingriffes andererseits es in einem solchen Fall aber kaum einem Zweifel unterliegen könne, daß die Verweigerung des weiteren Eingriffes mit dem Sit-
tengesetz unvereinbar ist.

C. ZWANGSBEHANDLUNG

Durch Gesetzesbeschluß kann der Arzt ebenfalls einmal in die Lage kommen, einen ärztlichen Eingriff ohne Einwilligung oder sogar gegen den Willen des Patienten vornehmen zu müssen. Hierher gehören die sogenannten Fälle der Zwangsbehandlung, wie sie in einigen Sondergesetzen ausdrücklich dargelegt sind. Allerdings läßt das Grundgesetz laut Art. 2 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 1 solche Zwangsbehandlungen nur soweit zu, als sie das Grundrecht des Menschen auf körperliche Unversehrtheit und Leben nicht beeinträchtigen. So gestattet das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23. 7. 1953 (BGBl. S 700) eine zwangsweise ärztliche Behandlung zu therapeutischen Zwecken. Ärztliche Eingriffe die jedoch mit erheblicher Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Patienten verbunden sind, bedürfen uneingeschränkt der Einwilligung des Kranken (§ 17 a. a. O.). Der § 1 der Zweiten Durchführungsverordnung vom 5. 7. 55 zählt die einwilligungsbedürftigen Eingriffe auf. Es sind dies die Entnahme von Gehirn- oder Rückenmarksflüssigkeit, die Behandlung der Lues mit Salvarsan-Präparaten und die Behandlung der Neurolues mit malaria- oder fiebererzeugenden Mitteln sowie alle Eingriffe, die mit einer Betäubung verbunden sind.

Das sog. Bundesseuchengesetz vom 18. 7. 1961 (BGVL. 1 S 1012) verpflichtet Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Ausscheider und Ausscheidungsverdächtige die erforderlichen Untersuchungen zu dulden. Allerdings ist auch in diesem Gesetz festgelegt, daß die Entnahme von Mageninhalt oder Galle, von Rückenmarks- oder Gehirnflüssigkeit sowie alle operativen Eingriffe, die eine allgemeine Betäubung erfordern, erst die Einwilligung des zu Untersuchenden voraussetzen.

Das sog. Impfgesetz vom 8. 4. 1874 enthält noch keine besonderen Bestimmun-

gen über die Möglichkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme. Das Gesetz begründet die allgemeine Impfpflicht und besagt, daß diejenigen Personen, die ein impfpflichtiges Kind der Impfung entziehen, bestraft werden können.

Im sog. Soldatengesetz vom 19.3.1956 wird der Soldat verpflichtet, ärztliche Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit auch gegen seinen Willen zu dulden, wenn es darum geht, übertragbare Krankheiten zu verhüten oder zu behandeln (BGBL I S 114). Allerdings gilt auch hier der § 32 Abs. III Satz 4 des Bundesseuchungsgesetzes einschränkend, der besagt, daß operative Eingriffe oder Eingriffe, bei denen der Patient betäubt oder in Narkose versetzt wird, der Einwilligung bedürfen. Der BGH unterscheidet weiterhin zwischen zumutbaren und unzumutbaren ärztlichen Behandlungen. Nicht zumutbar ist eine ärztliche Behandlung, die mit Gefahr für Leben und Gesundheit des Patienten verbunden ist. Im sog. Bundessozialhilfegesetz vom 30.6.1961 findet man eine ähnliche Verordnung über die Behandlung von Tuberkulose-Kranken. Bestimmungen über die Zulässigkeit ärztlicher Eingriffe finden sich schließlich auch in der Strafprozeßordnung (STPO). Sie sagt, daß körperliche Untersuchungen des Beschädigten zur Feststellung von Tatsachen auch ohne Zustimmung des Betroffenen durchgeführt werden können. Dies bestimmt ausdrücklich der § 81a STPO. Die Entnahme von Blutproben wird in dem Gesetz besonders erwähnt und festgelegt. Danach dürfen diese nur durchgeführt werden, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten zu erwarten ist. Für alle Eingriffe in diesem Rahmen gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet, daß stets abzuwägen ist, ob die Schwere des Eingriffes zur Bedeutung der strafbaren Handlung und insbesondere zur Stärke des Tatverdachtes in einem rechten Verhältnis steht. Die Anordnung der Untersuchung oder des Eingriffes steht grundsätzlich dem Richter zu, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft oder einem Hilfsbeamten (z.B. Polizei). Die Anordnung von erheblichen Eingriffen bleibt allein der Staatsanwaltschaft vorbehalten. Bei richterlicher Anordnung muß die Art des Eingriffes genau angegeben sein.

Zeugen dürfen im Rahmen eines Strafverfahrens ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, wenn zur Klärung des wahren Sachverhaltes festgestellt werden muß, ob sich am Körper Spuren oder Folgen einer strafbaren Handlung auffinden lassen. Ohne Einwilligung sind Eingriffe an Zeugen rechtlich nicht zulässig.

ZUR JURISTISCHEN BEURTEILUNG DER KASUISTIK DIESER ARBEIT

Im Grundgesetz wird im Art. 2 Abs. 2 das Recht auf die körperliche Unversehrtheit geschützt. Dieses sog. Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist durch die §§ 223 und folgende auch im StGB festgelegt.

Die Frage, ob der Arzt im vorliegenden Falle berechtigt gewesen wäre, eine künstliche Geburtseinleitung auch gegen den Willen der Patientin vorzunehmen, um das kindliche Leben zu retten, muß deshalb mit "Nein" beantwortet werden. Das Unrechtselement läge in der fehlenden Einwilligung, d. h. in der Eigenmächtigkeit des Arztes gegenüber der Patientin. Der Tatbestand der Körperverletzung und der eigenmächtigen Heilbehandlung wäre damit verwirklicht, wenn trotz fehlender Einwilligung eine künstliche Geburtseinleitung vorgenommen worden wäre. Wäre die Patientin infolge der Umstände in ihrer Einsichtsfähigkeit gestört und damit nicht in der Lage gewesen, ihr Selbstbestimmungsrecht zu wahren, so hätte das Interesse an der Aufrechterhaltung von Leben und Gesundheit unter Berücksichtigung des Strafausschließungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung den Arzt vor einer richterlichen Verfolgung geschützt. Dies gilt jedoch nur, sofern die Patientin nicht vorher gegenüber dem Arzt einmal geäußert hat, daß sie einen operativen Eingriff auf keinen Fall dulde.

Schließlich bleibt zu beantworten, ob die Frau juristisch gerechtfertigt die Geburtseinleitung verweigert hat.

Nach Durchsicht der bisher vorliegenden Literatur muß man zu dem Schluß kommen, daß gegen die Patientin kein Strafverfahren eingeleitet werden könnte, da sie sich keiner Rechtsverletzung schuldig machte. Die Möglichkeit, sie laut § 218 StGB strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, scheidet aus, da der Patientin nicht nachgewiesen werden kann, daß die Absicht ihr Kind zu töten, der Grund für ihr zweifelhaftes Handeln war.

§ 218 StGB: Eine Frau, die ihre Leibesfrucht abtötet oder die Abtötung durch einen anderen zuläßt, wird mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft.

Im vorliegenden Fall verweigerte die Schwangere eine Geburtseinleitung aus "persönlichen Gründen". Ihr kann also auch nicht ein Versuch der Abtötung ihrer Leibesfrucht zur Last gelegt werden.

Die Handlungsweise der Patientin verstößt auch nicht gegen die "guten Sitten", wie es ausdrücklich in § 226 a StGB geregelt ist. Der Begriff der "guten Sitten" ist vom RG im Zusammenhang mit § 826 BGB vielfach definiert worden.

Ein Verstoß gegen sie liegt dann vor, wenn das Tun gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Niemand könnte jedoch sagen, daß das Handeln der Patientin das Anstandsgefühl aller verletzt hätte. Ähnliche Fälle sind daher auch in der Literatur nicht beschrieben, da vom juristischen Standpunkt aus betrachtet, der Patientin kein Vergehen zur Last gelegt werden kann und deshalb auch eine strafrechtliche Verfolgung nicht möglich wäre.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit behandelt die Notwendigkeit der Einwilligung des Patienten zu ärztlichen Eingriffen. In der Einleitung wird die Problematik kurz dargestellt. Im darauffolgenden Abschnitt wird die Kasuistik beschrieben, die den Ausschlag für diese Arbeit gab. Im dritten Teil der Arbeit wird die derzeitige rechtliche Situation besprochen.

Die Arbeit kommt zu folgendem Ergebnis:

1. Der ärztliche Eingriff ist rechtmäßig, d.h. er stellt keine Körperverletzung dar, soweit eine Einwilligung des Patienten vorliegt. Die rechtswirksame Einwilligung erfordert grundsätzlich eine Aufklärung des Patienten durch den Arzt.
2. Die Aufklärung bezieht sich auf den Befund und auf die Art des geplanten Eingriffes. Der Umfang der Aufklärung ist abhängig von der Häufigkeit möglicher Komplikationen, von dem Grad der Gefährlichkeit des Eingriffes und der Einsichtsfähigkeit des Patienten.
3. Der Arzt ist nicht verpflichtet, auf alle erdenklichen Nebenwirkungen der Behandlung und des Eingriffes hinzuweisen.
4. Kann eine Einwilligung nicht eingeholt werden, und liegt der Eingriff im Interesse des Patienten, so ist der Eingriff nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt.
5. Bei Eingriffen, die an Minderjährigen im Kindesalter vorzunehmen sind, ist grundsätzlich die Zustimmung beider Eltern erforderlich. Gibt nur ein Elternteil seine Zustimmung zum Eingriff, so kann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes eingeholt werden. Ist Gefahr im Verzug und nur die Zustimmung eines Elternteiles vorhanden, so soll der Arzt im wohlverstandenen Interesse des minderjährigen Kindes entscheiden, wie der Vormundschaftsrichter entscheiden würde.
6. Besitzt ein Minderjähriger die erforderliche geistige und sittliche Reife, ist Gefahr im Verzug, und läßt sich die Zustimmung des Erziehungsberechtigten nicht einholen, so kann er selbst in den Eingriff wirksam einwilligen.
7. Bei Operationen, die nicht sofort ausgeführt werden müssen, hat der Arzt das Personensorgerecht der Eltern zu berücksichtigen.
8. Ärztliche Eingriffe ohne Einwilligung des Patienten sind durch verschiedene Sondergesetze festgelegt und gebilligt.
9. Nimmt der Arzt trotz des Fehlens einer Einwilligung einen Eingriff vor, so bedeutet dies eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Der Arzt kann dann zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

ABKÜRZUNGEN

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
RG Strafs.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG	Reichsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung

SCHRIFTTUM

- v. BAR Gesetz und Schuld im Strafrecht III 1909
- BOCKELMANN Die strafrechtliche Bedeutung des ärztlichen Heileingriffes
- aus der Beilage zur Zeitschrift "Der Internist" Jg. 1
Heft 8 (Beilage)
- BINDING Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer
Teil Bd. I, 2. Aufl. 1902, Bd. II, 1. Abt. 2. Aufl. 1904,
Bd. II 2. Abt. 1905
- BEHLING Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte bei Vor-
nahme und Unterlassung operativer Eingriffe
ersch. in Döderlein, Operative Gynäkologie 5. Aufl. 1924
Thieme, Leipzig
- CREMER-HORETH Über die Möglichkeiten zur Durchführung ärztl. Eingriffe
ersch. in Hippocrates 1967/1
- ENGISCH Mschr. Kr. Biol. XXX 1939
- Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Operationen ersch. in:
Stich-Bauer
- Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen Bd. II,
4. Aufl. Jena 1958
- Zeitschrift f. d. ges. Strafrecht Bd. 58
- Die rechtliche Bedeutung des ärztlichen Eingriffs unter be-
sonderer Berücksichtigung des Suicidpatienten
Heidelberger Jahrbücher 1960, S 47
- EBERMA YER Der Arzt im Recht 1930 Leipzig
- Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes
für Kunstfehler
Thieme, Leipzig 1918
- Arzt und Patient in der Rechtsprechung
Mosse, Berlin 1925
- Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung des Arztes
für Kunstfehler und das ärztliche Operationsrecht ersch. in:
Stich-Makkas

- EBERMAYER Fehler und Gefahren bei chirurg. Operationen
Gustav Fischer, Jena 1932
- FRANK Das Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen für das Deutsche Reich
18. Aufl. Tübingen 1931
- GALLAS Strafbares Unterlassen im Falle einer Selbsttötung
JZ 1960, S 649
- GEILEN Einwilligung und ärztliche Aufklärung
Bielefeld 1963
- HAGEDORN Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch Entw. 1962
Hühig, Heidelberg
- KOHLRAUSCH-LANGE Strafgesetzbuch
43. Aufl. Berlin 1961
- KÖNIG-KÖSTLIN Haftpflicht des Arztes
Leipzig 1937
- LIETZ-PAFFRATH Handbuch des Arztrechts
Düsseldorf 1938
- v. LISZT-SCHMIDT Strafrecht Allg. Teil Bd. I
26. Aufl. Berlin, Leipzig 1934
- LANGE-KOHLRAUSCH Kommentar zum StGB
39./40. Aufl. o. J.
- Leipziger Kommentar zum StGB 6. Aufl. Nagler 1944
- MEZGER Strafrecht 4. Aufl. 1952
- MAURACH Deutsches Strafrecht Bes. Teil 1952
Allg. Teil 2. Aufl. Karlsruhe 1958
Bes. Teil 3. Aufl. Karlsruhe 1959
- MAYER H. Strafrecht Allg. Teil
Stuttgart 1953

MOEHRING	Zur zivilrechtlichen Problematik des ärztlichen Heileingriffes ersch. in Beilagen zur Zeitschrift "Der Internist" 1960
NEIDHARDT	Behandlungsrecht des Arztes NJW 1956, S 1097
NIESE	Ein Beitrag zur Lehre vom ärztl. Heileingriff in: Festschrift für E. Schmidt Göttingen 1961
NOLL	Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten Basel 1955
OLSHAUSEN	Leipziger Kommentar 11. Aufl. o.J.
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 20. Aufl.
SCHOENKE	Strafgesetzbuch Kommentar 7. Aufl. 1964
SCHMIDT	Die rechtliche Stellung ärztlicher Eingriffe an Minder- jährigen Dtsch. Z. gerichtl. Med. 10/322 Der Arzt im Strafrecht ersch. in: Lehrbuch der gerichtl. Medizin von Ponsold 1957
SCHULZ	Der Arzt vor dem Richter 1. Aufl. Hannover 1961
SPANN	Ärztliche Rechts- und Standeskunde München 1962
SPINNER	Ärztliches Recht Berlin 1914
STAUDINGER	Kommentar zum BGB 11. Aufl.
ZITELMANN	Ausschluß der Widerrechtlichkeit in Archiv für zivilist. Praxis Bd. 99 (1906) Operationsverweigerung und eigenes Verschulden in Ar- chiv für Bürgerliches Recht Bd. 40 (1914)

Meinem sehr verehrten Lehrer,
Herrn Professor Dr. Gerhard MARTIUS
danke ich herzlichst für die Überlassung des
Themas.

Den Herren
Dr. Dr. jur. P. HAGENBACH
Dr. H. KARNBACH
danke ich für die anregenden Diskussionen und
die Ratschläge für diese Arbeit.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr.
Hagenbach für die abschließende Durchsicht
und Billigung der Arbeit.

LEBENS LAUF

Am 23. Dezember 1940 wurde ich in Posen als Sohn des damaligen Assistenzarztes Dr. Friedrich Lemberger und seiner Ehefrau Hildegard geb. Suppe geboren. Bis zum Kriegsende 1945 lebte ich in Posen. Bei Kriegsende übersiedelten meine Eltern in die Geburts- und Heimatstadt meines Vaters Furth im Wald, wo sich mein Vater als Facharzt für Frauenkrankheiten am Städtischen Krankenhaus niederließ. 1946 wurde ich in die Volksschule Furth im Wald aufgenommen, die ich 5 Jahre besuchte. 1951 trat ich in die Oberrealschule mit Gymnasium in der Kreisstadt Cham/Opf. ein, wo ich 1960 die Reifeprüfung ablegte. Mein Medizinstudium, das ich ausschließlich in München absolvierte, begann ich im Herbst des gleichen Jahres. 1961 legte ich das Vorphysikum, 1963 das Physikum und im Juli 1966 das Staatsexamen ab. Seit dem 1. September 1966 bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Pathologischen Institut des Kantonspitals Winterthur tätig.

